

ONTSLAGRECHT IN NEDERLAND

door

Prof. mr. G.J.J. HEERMA VAN VOSS(*)

Deze bijdrage werd geschreven als preadvies voor de vergadering te Leuven van 23 november 2001 van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland.

De beëindiging en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht, met aandacht voor de verhouding tussen algemeen vermogensrecht en bijzonder arbeidsrecht, de toegenomen praktijk van ontbinding door de rechter, de berekening van daarbij toegekende vergoedingen, de preventieve toetsing van de opzegging door de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie en de sancties van het ontslagrecht.

(*) Hoogleraar sociaal recht Universiteit Leiden en fellow bij het E.M. Meijers Instituut voor rechtswetenschappelijk onderzoek aldaar. Met dank aan mw. mr. A. Damsteegt, assistent in opleiding bij de afdeling sociaal recht voor enkele nuttige suggesties.

INHOUD

I. INLEIDING

- A. Plaats van het Nederlandse ontslagrecht
- B. Verhouding tot het algemene burgerlijk recht
- C. Wijzen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst

II. ONTBINDING DOOR DE RECHTER

- A. Wanprestatie/tekortkoming in de nakoming/onvoorziene omstandigheden
- B. Gewichtige redenen
 - 1. Geschiedenis
 - 2. Pro-forma-procedures
 - 3. Voorwaardelijk ontbindingsverzoek
 - 4. Ontbinding en opzegverboden
 - 5. Ontslagvergoeding
 - 6. Hoger beroep

III. EENZIJDIGE BEËINDIGING DOOR ÉÉN PARTIJ

- A. Ontslag versus opzegging
- B. Vormvereisten
 - 1. Vorm opzegging
 - 2. Opgave van reden
 - 3. Toestemming RDA
 - 4. Procedure bij de RDA
 - 5. Verenigbaarheid met recht op eerlijk proces
- C. Inhoudelijke vereisten
 - 1. Vindplaatsen
 - 2. Bedrijfseconomische redenen
 - 3. Ongeschiktheid van de werknemer
 - 4. Ziekte werknemer
- D. Opzegtermijn
 - 1. Lengte opzegtermijn
 - 2. Aanzegdag
 - 3. Opvolgende arbeidsovereenkomsten
 - 4. Fictieve opzegtermijn
- E. Dringende reden
- F. Opzegverboden
- G. ADO-rapport

IV. SANCTIES

- A. Grondslagen
- B. Nietigheid/vernietigbaarheid
 - 1. Loonvordering
 - 2. Tewerkstelling
- C. Herstel van de arbeidsovereenkomst
- D. Schadevergoeding
- E. Ontslagvergoeding

V. CONCLUSIE

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

I. Inleiding

A. PLAATS VAN HET NEDERLANDSE ONTSLAGRECHT

Het ontslagrecht werd in Nederland voor het eerst uitvoerig geregeld bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in het BW in 1909(1). De vijfde afdeling van de toen nieuwe zevende titel A handelde over „de verschillende wijzen waarop de dienstbetrekking, door arbeidsovereenkomst ontstaan, eindigt.” De belangrijkste hierin geregelde onderwerpen waren het einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege, de opzegging, de aanzegdag en de opzegtermijnen, de proeftijd, schadeplichtigheid bij onrechtmatige opzegging, beëindiging wegens dringende redenen en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter wegens gewichtige redenen. Deze regeling is tot de Tweede Wereldoorlog ongewijzigd gebleven.

Een ingrijpende wijziging onderging het ontslagrecht door de invoering tijdens de Tweede Wereldoorlog van een ontslagverbod voor werkgever en werknemer, behoudens toestemming van het arbeidsbureau. Met het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) werd deze regeling door de noodwetgever aan het eind van de oorlog de status van formele wet gegeven. Bij overtreding van het ontslagverbod was de mogelijke inroeping van nietigheid van de beëindiging door de wederpartij voorzien. De belangrijkste wijzigingen in het ontslagrecht zijn sindsdien de volgende geweest:

- In 1954 werd het BW-ontslagrecht gemoderniseerd: opzegtermijnen werden verlengd en de toetsing aan kennelijk onredelijk ontslag werd ingevoerd, met als mogelijke sancties schadevergoeding of herstel van de dienstbetrekking. Ook werden de eerste opzegverboden in het BW ingevoerd(2).
- In 1967 werden de opzegtermijnen voor oudere werknemers uitgebreid(3).
- In 1976 werden de opzegverboden uitgebreid en voorzien van een nietigheidssanctie(4).

(1) Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 1907, 193 tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent huur van dienstboden en werklieden. Voor de wetsgeschiedenis: BLES 1909.

(2) Wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953, 619. Hierover: LEVENBACH 1954.

(3) Wet van 30 mei 1986, *Stb.* 1986, 270.

(4) Wet van 6 mei 1976, *Stb.* 1976, 295.

- In 1997 werd titel 7.10 nieuw BW (de arbeidsovereenkomst) ingevoerd. De gehele titel, inclusief het ontslagrecht, werd aangepast aan de systematiek van het nieuw BW, doch niet inhoudelijk veranderd(5).
- In 1999 werden met de Wet Flexibiliteit en zekerheid de regelingen voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd versoepeld. De opzegtermijnen werden bekort en niet langer van leeftijd afhankelijk gemaakt. De keuze voor opzegging met toestemming van het arbeidsbureau werd bevorderd ten koste van de mogelijkheid van ontbinding door de kantonrechter. Daarnaast werden nog kleinere wijzigingen in het ontslagrecht aangebracht(6).

Het Nederlandse ontslagrecht is thans in hoofdzaak geregeld in afdeling 9 van titel 10 van boek 7 Burgerlijk Wetboek. Enkele bijzondere wetten kennen bepalingen met betrekking tot ontslag. Ook het algemeen vermogensrecht heeft invloed op het ontslagrecht.

Kenmerkend voor het ontslagrecht is de strekking van de wettelijke regels om de werknemer te beschermen tegen het verlies van zijn arbeid als gevolg van ongerechtvaardigd ontslag.

Rechtstheoretisch is dit uitgangspunt terug te voeren op het grondrecht op arbeid, zoals dat in de nationale Grondwet en internationale grondrechtendocumenten is terug te vinden(7). De bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag wordt in Europa als een sociaal grondrecht beschouwd, getuige onder meer het nieuwe EG-Handvest inzake grondrechten(8). Daarmee wijkt Europa overigens af van de Verenigde Staten van Amerika, waar dit anders wordt gezien. In Japan heeft de rechtspraak, mede op basis van het grondrecht op arbeid, de bescherming van de werknemer tegen onredelijk ontslag wel erkend.

Het naast elkaar bestaan van een publiekrechtelijk toezicht op ontslag door de directeur van het arbeidsbureau en een burgerlijkrechtelijk ontslagrecht in het BW, is al vele jaren voorwerp van discussie. Eind 2000 heeft de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel (ADO) geadviseerd van dit systeem af te stappen en een enkelvoudig, repressief

(5) Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406 (Vaststellingswet titel 7.10 Nieuw BW). Hierover HEERMA VAN VOSS 1997.

(6) Wetten van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 330 (Flexibiliteit en zekerheid) en van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 741 (Reparatiewet). Hierover HEERMA VAN VOSS 1998 en voor de wetsgeschiedenis KUIP & SCHOLTENS 1999.

(7) Zie uitvoerig HEERMA VAN VOSS 1992, 223-232; in dezelfde zin KUIP 1993, 3.

(8) Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, Nice 7 December 2000. Artikel 30: „Iedere werknemer heeft recht op bescherming tegen kennelijk onredelijk ontslag overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken.” De beperking tot „kennelijk” onredelijk ontslag berust overigens op een onjuiste vertaling van de tekst uit het Frans.

stelsel van ontslagrecht in het BW in te voeren, waarin overigens veel van de thans in of op grond van het BBA geregelde bescherming van de werknemer wordt overgebracht naar het BW. De voorafgaande toetsing door de RDA wordt in dit voorstel vervangen door een door de werkgever te houden hoorzitting, waarbij de werknemer zich direct door een rechtshulpverlener kan laten bijstaan. Over dit voorstel wordt thans een aantal adviezen afgewacht, alvorens het kabinet een standpunt zal bepalen. Daar waar dit rapport hieronder ter sprake komt, wordt het korthedshalve aangeduid als ADO-rapport.

B. VERHOUDING TOT HET ALGEMENE BURGERLIJK RECHT

De belangstelling voor de verhouding van het algemene vermogensrecht tot het arbeidsovereenkomstenrecht is de afgelopen jaren toegenomen, vooral als gevolg van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (het algemeen gedeelte van het vermogensrecht in 1992 en de titel over de arbeidsovereenkomst in 1997)(9). Verschillende kwesties zijn ook voorgelegd aan de Hoge Raad. Het uitgangspunt is dat het algemeen vermogensrecht en het bijzondere arbeidsovereenkomstenrecht cumulatief van toepassing zijn(10). Het arbeidsrecht is een open systeem, dat ook de invloed van het algemene vermogensrecht ondergaat. Vele kwesties van contractenrecht zijn ook niet in het arbeidsrecht geregeld, zoals het leerstuk van de wilsvrijheid. Wanneer beide botsen zal in het algemeen het bijzondere arbeidsrecht voorgaan, exclusieve werking hebben. In bepaalde gevallen is de cumulatie of de exclusieve werking expliciet in de wet geregeld(11). In veel gevallen is dat echter niet zo. Het zal niet altijd aanstonds duidelijk zijn, of de algemene regel en de bijzondere met elkaar in conflict zijn.

In Nederland heeft zich een debat ontwikkeld over de vraag of het ontslagrecht — in tegenstelling tot het arbeidsovereenkomstenrecht als zodanig — wél een gesloten systeem vormt(12). Dit speelde onder meer bij de vraag of de redelijkheid en billijkheid (voorheen goede trouw) in het ontslagrecht werken. In het cassatiemiddel bij de zaak

(9) VAN PELPE 1991; VAN DER HEIJDEN 1993a; KONIJN 1999.

(10) Zie ook de notitie „Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht”, *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1, 9-11.

(11) Een voorbeeld betreft art. 7:686 BW dat bepaalt dat naast de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen (een bijzondere arbeidsrechtelijke regeling, art. 7:685 BW) ook de ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming (de algemene regel van vermogensrecht) mogelijk blijft.

(12) VAN PELPE 1992, 43-46. Zie ook SCHOORDIJK 1986.

HAL/Van Werkhoven werd gesteld dat het ontslagrecht een gesloten systeem bevat, waarin geen plaats is voor een beroep op de goede trouw. De Hoge Raad achtte dit slechts in zoverre gegrond, dat hij de regeling van kennelijk onredelijk ontslag en herstel van dienstbetrekking als uitputtend beschouwde(13). Rood heeft laten zien dat de redelijkheid en billijkheid overigens op allerlei manieren een rol spelen in het ontslagrecht(14).

Daarna speelde de kwestie aan de hand van de problematiek van de ontbindende voorwaarde. De literatuur was verdeeld over de vraag of deze figuur in het arbeidsrecht wel toelaatbaar was, omdat deze de uitgebreide bescherming van de werknemer tegen ongerechtvaardigd ontslag eenvoudig zou kunnen doorbreken(15). De Hoge Raad heeft de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst echter aanvaard, mits de voorwaarde niet onverenigbaar is met het stelsel van het ontslagrecht. Dit laatste moet van geval tot geval worden beoordeeld. De discussie is hierbij echter enigszins verwarrend geworden, doordat de Hoge Raad in sommige van de hierop betrekking hebbende arresten spreekt over „het gesloten stelsel van ontslagrecht”(16). In deze gevallen beriep de werknemer zich er op dat het toestaan van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst in strijd zou zijn met „het gesloten stelsel van ontslagrecht”. De Hoge Raad heeft vervolgens bepaald dat ontbindende voorwaarden „niet in strijd zijn met het gesloten stelsel”. Dat laatste is echter een innerlijk tegenstrijdige formule. Immers, juist door ontbindende voorwaarden (die in het ontslagrecht niet in algemene zin als toegelaten grond voor ontslag zijn geregeld) wel te erkennen, is duidelijk dat het ontslagrecht in dit opzicht géén gesloten stelsel vormt. Dit misverstand valt toe te schrijven aan een ongelukkige formulering door de Hoge Raad.

Wel heeft de Hoge Raad de uitbreiding van de vordering van herstel van de arbeidsovereenkomst en nietigheden of vernietigbaarheden in het ontslagrecht op basis van het algemene verbintenissenrecht niet toegelaten, omdat het ontslagrecht in dit opzicht een uitputtende regeling biedt. Dit gebeurde behalve in het genoemde arrest HAL/Van Werkhoven ook in het Nedlloyd-arrest, ten aanzien van art. 3:40 BW dat rechtshandelingen in strijd met de openbare orde met nietig-

(13) HR 11 mei 1979, *NJ* 1979, 441 (HAL/Van Werkhoven).

(14) ROOD 1986. Zie ook VAN DER HEIJDEN 1992.

(15) Zie voor een literatuuroverzicht DE WOLFF 1999, 78-79.

(16) HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 509, *JAR* 1992/10 (Mungra/van Meir en Teeuw); HR 24 mei 1996, *NJ* 1996, 685, *JAR* 1996/141 (Van Zijl/Van Koppen); HR 13 februari 1998, *JAR* 1998/72 (Arrindell e.a./Port de Plaisance).

heid bedreigt(17). Daarbij sloot de Hoge Raad overigens een dergelijk beroep niet categorisch uit, maar achtte het onder zeer bijzondere omstandigheden wel mogelijk. Dit laatste is wellicht uit voorzichtigheid gedaan, om voor onvoorzienbare toekomstige gevallen een mogelijke uitweg te bieden. De achtergrond van de terughoudendheid van de Hoge Raad bij de nietigheid en vernietigbaarheid van ontslagen lijkt mij te liggen in het feit dat het ontslagrecht de *gevolgen* van vernietiging van een ontslag zorgvuldig regelt, en met name het beroep er op aan een beperkte tijdsduur bindt. Het algemene vermogensrecht doet dit niet. Dit had uiteraard ook anders kunnen worden opgelost, namelijk door die arbeidsrechtelijke gevolgen van vernietiging ook toe te passen bij vernietiging op grond van algemene bepalingen. In een ander arrest heeft de Hoge Raad van die mogelijkheid expliciet afstand genomen. Het gevolg was dat de Hoge Raad in dat geval ter effectuering van het ontslagverbod wegens overgang van ondernemingen in de EG-Richtlijn over dit onderwerp een absolute nietigheid heeft geconstrueerd, een veel verder gaande ingreep in het systeem van het ontslagrecht dan mijns inziens nodig was geweest(18). Inmiddels is de wetgever bezig dit ontslagverbod weer te incorporeren in het normale systeem van art. 7:670 BW.(19).

Mijn conclusie is dan ook dat de Hoge Raad het ontslagrecht alleen als gesloten beschouwt ten aanzien van de sancties van vernietigbaarheid en herstel van de arbeidsovereenkomst, en dit dan nog niet onder alle omstandigheden. Wel is het zo, dat kritisch wordt gezien of invloed vanuit het algemeen vermogensrecht niet leidt tot ondermijning van de ontslagrechtelijke bepalingen. Is dat het geval, dan heeft het ontslagrecht voor die situatie exclusieve werking. Mijn eigen opvatting is dat ook ten aanzien van de vernietigbaarheid openheid van het ontslagrecht heel wel mogelijk is, zo lang men de bijzondere regeling van de gevolgen van vernietiging van een ontslag ook in dat geval toepast. Dit maakt het mogelijk om het onbevredigende resultaat te vermijden dat zich voordeed in de Nedlloyd-zaak: de gevolgen van een discriminatoir ontslag konden niet worden geredresseerd. Inmiddels heeft de wetgever overigens wat betreft de belangrijkste discriminatiegronden in deze leemte voorzien door de invoering van artikel 8 AWGB. Dit artikel maakt een opzegging gegeven in strijd met het verbod op

(17) HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 494; *JAR* 1992/11 (Nedlloyd/Bras Monteiro e.a.).

(18) HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 419, *JAR* 1996/29 (Buyck/Van den Aemele). Vgl. H.v.J. EG 15 juni 1988, nr. 101/87, *Jur.* 1988, 3057, *NJ* 1990, 247 (Bork).

(19) *Kamerstukken I* 2000/01, 27 469, nr. 287, Uitvoering van de richtlijn 98/50/EG betreffende behoud van rechten werknemers bij overgang (onderdelen van) ondernemingen.

ongelijke behandeling op grond van deze wet vernietigbaar. Het blijft echter vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt onbevredigend dat waar het ontslagrecht vooral de werknemer beoogt te beschermen, de doorwerking van het algemene vermogensrecht in het ontslagrecht gemakkelijk wordt geaccepteerd als dit in het voordeel van de werkgever is (ontbindende voorwaarden), maar niet als dit in het belang van de werknemer is (ontslag in strijd met openbare orde is niet nietig).

C. WIJZEN VAN BEËINDIGING VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST

Systematisch gezien kan in Nederland een arbeidsovereenkomst op vier manieren tot een einde komen:

- Door een tweezijdige rechtshandeling (het wederzijds goedvinden: de beëindigingsovereenkomst of het toestemmen in een opzegging).
- Van rechtswege (met name bij contracten voor bepaalde tijd, ontbindende voorwaarden en het overlijden van de werknemer).
- Door ontbinding door de rechter (bij tekortkoming, onvoorziene omstandigheden en wegens gewichtige redenen).
- Door een eenzijdige rechtshandeling (de opzegging).

Gezien de beperkte beschikbare ruimte kunnen slechts de laatste twee methoden in dit preadvies worden besproken. Deze vormen de kern van het ontslagrecht. Ten aanzien van de opzegging liet het bestek van dit preadvies evenmin toe om in te gaan op de proeftijd, collectief ontslag, en ontslag in relatie tot fusie en overgang van onderneming en faillissement.

II. Ontbinding door de rechter

A. WANPRESTATIE/TEKORTKOMING IN DE NAKOMING/ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN

Het BW kent een algemene regeling voor tekortkoming in de nakoming van verbintenissen. Deze geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding niet rechtvaardigt (art. 6:265 BW). De daartoe gerechtigde kan de ontbinding doen plaatsvinden door een schriftelijke verklaring of vorderen dat de rechter deze uitspreekt (art. 6:267 BW). De ontbinding heeft geen terugwerkende kracht, behalve dat een aanbod tot

nakoming nadat de ontbinding is gevorderd, geen werking heeft, indien de ontbinding wordt uitgesproken (art. 6:269 BW).

In de titel over de arbeidsovereenkomst is uitdrukkelijk bepaald dat deze ontbindingsmogelijkheid bestaat, naast de andere, in deze titel geregelde, vormen van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In afwijking van de algemene regeling kan de ontbinding echter uitsluitend door de rechter worden uitgesproken (art. 7:686 BW).

In de praktijk wordt op deze ontbindingsgrond slechts zelden een beroep gedaan. Meestal wordt gekozen voor de ontbinding wegens gewichtige redenen van artikel 7:685 BW, onder andere vanwege de minder zware (verzoekschrift)procedure en omdat hierbij geen hoger beroep mogelijk is. Maar ook is de ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming minder ruim toepasbaar. De Hoge Raad heeft uitgesproken dat een geringe tekortkoming geen ontbinding rechtvaardigt⁽²⁰⁾. Het stelsel van de wet betreffende de beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever, in het bijzonder de bescherming die deze regeling ter zake van die beëindiging aan de werknemer beoogt te bieden, brengt mee dat een vordering tot ontbinding wegens wanprestatie slechts toewijsbaar is in gevallen van ernstige wanprestatie. Onder dit laatste valt te verstaan „een wanprestatie van zodanige aard dat zij het ingrijpende gevolg van een ontbinding van de overeenkomst, in beginsel met terugwerkende kracht tot de dag van de wanprestatie, kan rechtvaardigen”⁽²¹⁾. Het begrip tekortkoming ligt dus dicht aan tegen de dringende reden. Hierbij verdient aantekening dat, omdat in 1990 nog ontbinding met terugwerkende kracht mogelijk was, deze vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst in effect sterk te vergelijken was met het ontslag op staande voet. Hoewel dit door het afschaffen van de terugwerkende kracht met de invoering van het nieuw BW is verminderd, neem ik aan dat de strenge eisen die de Hoge Raad heeft geformuleerd, blijven gelden. Dit brengt mee dat voor de ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming in het ontslagrecht naast de specifieke bepalingen slechts een zeer geringe rol weggelegd zal blijven. Deze ontbinding wordt wel eens gevorderd door een werkgever als verweer tegen een door de werknemer begonnen loonvorderingprocedure. Het is immers niet mogelijk om in reconventie ontbinding te verzoeken wegens gewich-

(20) HR 12 december 1980, *NJ* 1981, 202 (LOH/Slegtenhorst).

(21) HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 702 (Meijers/De Schelde).

tige redenen, daar dit een verzoekschriftprocedure en geen dagvaardingsprocedure betreft(22). Dat was de reden dat een deel van de SER, gesteld voor de vraag of deze ontbindingsmogelijkheid kon worden afgeschaft bij de invoering van titel 7.10 in het BW, adviseerde haar toch in stand te houden(23). Dit standpunt is uiteindelijk door de wetgever gevolgd.

Daarnaast kent het algemene verbintenissenrecht de mogelijkheid van ontbinding door de rechter van een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). Omstreden is of deze mogelijkheid toepasbaar is in het arbeidsrecht, waarbij onder meer interessant is dat art. 7:686 BW deze ontbindingsmogelijkheid niet noemt. Mij zijn geen gevallen bekend waarbij dit artikel is toegepast. Het betreft hier eveneens een dagvaardingsprocedure, waarbij ook hoger beroep mogelijk is. Partijen verkiezen doorgaans de ontbinding wegens gewichtige redenen, een verzoekschriftprocedure waarbij op korte termijn definitief wordt beslist.

De betekenis van deze beide ontbindingsmogelijkheden zou overigens wel weer enigszins kunnen toenemen, indien het voorstel van het ADO-rapport zou worden gevolgd, om de mogelijkheid van ontbinding wegens gewichtige redenen drastisch terug te dringen. In dat geval zou immers de mogelijkheid vervallen van de ontbinding wegens gewichtige reden op de grond dat er een dringende reden is die niet tot ontslag op staande voet heeft geleid. Die wordt wel benut indien men over de juistheid van de dringende reden vooraf het oordeel van de rechter wil vernemen. Deze procedures zouden dan via de ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming of onvoorziene omstandigheden kunnen worden gevoerd(24).

B. GEWICHTIGE REDENEN

1. *Geschiedenis*

De mogelijkheid om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te verzoeken wegens gewichtige redenen is oorspronkelijk in de titel over de arbeidsovereenkomst opgenomen om een uitweg te bieden in

(22) Vgl. HR 13 mei 1988, NJ 1989, 72 (IJsunie/Hubregtse).

(23) SER, *Titel 7.10 NBW: de arbeidsovereenkomst*, nr. 91/20, Den Haag: SER 1991, 17-18.

(24) De bezwaren daartegen in de wetsgeschiedenis van de wet van 1907 genoemd, dat niet iedere dringende reden ook een wanprestatie vormt, komen mij thans niet meer reëel voor. Zie KUIP 1993, 31.

bijzondere gevallen waarin het ontslagrecht te knellend was. De rechter zou dan de mogelijkheid moeten hebben op basis van billijkheid de arbeidsovereenkomst op korte termijn te beëindigen. Dit speelde in het bijzonder bij langer durende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De mogelijkheid werd in 1954 enigszins verruimd in verband met de uitbreiding van de beperkingen aan de ontslagvrijheid in het BW, met name de langere opzegtermijnen en de opzegverboden. Onder gewichtige redenen verstaat de wet thans omstandigheden die een dringende redenen zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld zou zijn opgezegd, als ook veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. De mogelijkheid dat de rechter een vergoeding zou toekennen in geval van ontbinding werd toen eveneens ingevoerd. Tot ongeveer 1980 heeft de ontbindingsmogelijkheid wegens gewichtige redenen inderdaad slechts de beoogde functie van „noodluik” gehad. De bedoeling was niet dat ieder die graag tussentijds van een dienstbetrekking af wilde, daarin door een verzoek tot ontbinding op grond van gewichtige redenen zou slagen⁽²⁵⁾.

Sedert het begin van de jaren 1980 is het beroep op dit artikel echter aanmerkelijk toegenomen. De voornaamste reden hiervoor was dat opzegging met toestemming van de directeur van het arbeidsbureau in veel gevallen een langdurige procedure was geworden. In het licht van de economisch slechte situatie van veel ondernemingen werd gezocht naar een uitweg en kantonrechters bleken die geleidelijk steeds eenvoudiger te bieden. Daarbij werd wel als regel een vergoeding toegekend aan de werknemer, ter compensatie van het verlies van de werkring. Hoewel men begrip kan hebben voor de bereidheid van kantonrechters om te voldoen aan de maatschappelijke behoefte om de arbeidsmarkt te flexibiliseren, heeft het toch ook bedenkelijke kanten dat in de praktijk het begrip „gewichtige redenen” hiermee werd uitgehold. In de huidige praktijk kan men in wezen voor iedere ontslaggrond een ontbinding verzoeken bij de kantonrechter en behoeft niet of nauwelijks het „gewichtige” karakter ervan te worden aangetoond. Weliswaar vermeldt het wetsartikel dat de ontbinding „te allen tijde” kan worden verzocht, maar het lijkt er wel eens op, dat dit zo wordt uitgelegd alsof een dergelijk verzoek ook „te allen tijde” dient te worden toegewezen. Met het feit dat tegen de ontbindings-

(25) Vgl. LEVENBACH 1954, 83.

beschikking in beginsel geen hoger beroep openstaat en dat het gewoonlijk gaat om feitelijke oordelen, bestaat er nauwelijks toezicht op de uitoefening van deze bevoegdheid door kantonrechters. Navrant is dat in Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters in 1997 met zo veel woorden moest worden voorgeschreven, dat in de ontbindingsbeschikking op tegenspraak „zal duidelijk gemotiveerd worden hoe de rechter tot zijn beslissing ten aanzien van de ontbinding, alsmede ten aanzien van de toekenning van een vergoeding van een bepaalde hoogte of het achterwege laten daarvan is gekomen” (aanbeveling 2.2).

Daarmee is overigens niet gezegd dat ontbindingsverzoeken steeds worden toegewezen. Met name wanneer partijen van mening verschillen over de noodzaak van ontbinding plegen kantonrechters consciëntieus na te gaan of het verzoek terecht is gedaan. Bij collectief ontslag plegen veel kantonrechters zich terughoudend op te stellen, om de werking van de Wet Melding Collectief Ontslag niet te frustreren. Een gestelde verstoorde arbeidsverhouding zal niet alleen aannemelijk dienen te worden gemaakt. Heeft de werkgever hieraan zelf bijgedragen, dan kan het verzoek worden afgewezen. Niettemin wordt ook door veel kantonrechters — en door de een gemakkelijker dan door de ander — verondersteld dat als de verhoudingen eenmaal slecht zijn, voortzetting van de arbeidsovereenkomst toch gedoemd is te mislukken.

De toenemende kritiek op de willekeur bij het toekennen van vergoedingen heeft er toe geleid dat met ingang van 1997 door de Kring van Kantonrechters de reeds genoemde aanbevelingen zijn opgesteld⁽²⁶⁾. Hierdoor is op dit punt een grotere uniformiteit en voorspelbaarheid ontstaan. Niettemin is ook hierbij opmerkelijk dat kantonrechters zonder wettelijke basis normerend optreden ten aanzien van ingrijpende kwesties als de hoogte van ontslagvergoedingen. Al met al heeft het optreden van de kantonrechters er toe geleid, dat het Nederlands ontslagrecht geleidelijk is gaan verschuiven van een systeem waarbij behoud van de arbeidsplaats voorop stond en alleen op grond

(26) Omdat het hier geen officiële regelgeving betreft, is deze helaas moeilijk terug te vinden. Bovendien is het lastig om het overzicht te behouden gezien de verschillen in stijl en opzet van de verschillende aanvullingen. De eerste aanbevelingen van 8 november 1996 zijn gepubliceerd als bijlage bij *ArbeidsRecht* 1996/11; de aanvulling van 1998 in *NJB* 1998, 969-973; de aanbevelingen naar aanleiding van de Wet Flexibiliteit en zekerheid als bijlage bij *ArbeidsRecht* 1999/11. Wellicht krijgt de toekomstige Raad voor de Rechtspraak de bevoegdheid om dit soort aanbevelingen uit te vaardigen en hopelijk kan deze dan ook voorzien in een professionelere techniek van regelgeving en publicatie. Een handzame bundeling is te vinden in I.P. ASSCHER-VONK (red.), *Arbeidswetgeving 2001-2002*, Deventer, Kluwer, 2001.

van een geldige reden ontslag kon plaatsvinden (causaal stelsel), in de richting van een stelsel waarin de gedachte leeft dat ontslag altijd — dus ook zonder goede grond — mogelijk is, als er maar voor wordt betaald (formeel stelsel).

2. Pro-forma-procedures

Aan de hiervoor beschreven ontwikkeling heeft bijgedragen het verschijnsel van de zogeheten pro-forma-procedures. Op grond van de Werkloosheidswet (WW) wordt een werkloosheidsuitkering in beginsel geheel geweigerd indien de werknemer verwijtbaar werkloos is. Dit is onder meer aan de orde indien hij zich onvoldoende verweert tegen een ontslag (art. 24, lid 1 onder b en 27, lid 1 WW). Indien werkgever en werknemer het eens zijn over de noodzaak van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, willen zij doorgaans wel een beroep doen op een werkloosheidsuitkering. Hoewel in dergelijke gevallen pleegt te worden afgesproken dat de werkgever de werknemer ter compensatie van het verlies van zijn baan een vergoeding toekent, is deze als regel niet voldoende om het gehele inkomen gedurende langere tijd te vervangen. De vergoeding wordt dan gezien als een aanvulling op de WW-uitkering, die het leed verder verzacht. De WW laat dat ook toe, door in principe ontslagvergoedingen niet te verrekenen met de uitkering.

In de praktijk vrezen partijen dat in zulke gevallen niet kan worden volstaan met het sluiten van een beëindigingsovereenkomst. De redenering is dan dat de werknemer, omdat hij meewerkt aan zijn ontslag, als verwijtbaar werkloos zal worden beschouwd. Hoewel dit standpunt geen wettelijke basis heeft, wordt dit sterk in de hand gewerkt door het feit dat de uitvoeringsinstellingen van de sociale verzekering nauwelijks zelfstandig de ontslaggrond plegen te toetsen, maar sterk afgaan op de vraag of er verweer is gevoerd tegen het ontslag. Om problemen op het gebied van verwijtbare werkloosheid te voorkomen, plegen werkgevers en werknemers hun beëindigingsovereenkomsten daarom te effectueren door „pro forma” een ontbindingsprocedure te voeren wegens gewichtige redenen. Het is in deze gevallen niet hun bedoeling dat de rechter zich een zelfstandig oordeel vormt over het bestaan van een gewichtige reden en over de wenselijke hoogte van de vergoeding. Daarover hebben zij immers al zelf afspraken gemaakt. De bedoeling is dat de afspraak als het ware een officieel stempel krijgt, waardoor de uitvoeringsinstelling van de sociale verzekeringen een indringende toetsing van de beëindiging achterwege zal laten. Kantonrechters melden dat driekwart van de ontbindingsverzoeken

een pro-forma-karakter heeft⁽²⁷⁾. Zittingen worden in deze gevallen achterwege gelaten of uiterst kort gehouden. De enkele kantonrechter die niet aan dit spel wenst mee te werken, wordt door de rechtspraak weggehoond. Op deze wijze vertoont de toegang tot de WW, die in beginsel geacht wordt te worden bewaakt door de uitvoeringsinstellingen en de RDA's, een belangrijk lek. Op zichzelf valt er veel voor te zeggen om inderdaad voor de WW slechts marginaal te toetsen of een ontslag verwijtbaar is. Het probleem is echter dat de kantonrechters hier expliciet meewerken aan het ontwijken van de thans bestaande wettelijke regeling. Nu kan wel met reden worden gesteld dat de civiele rechter een lijdelijke houding heeft in de procedure, en dat hem geen taak is toebedeeld in het kader van de WW. En inderdaad zouden de uitvoeringsinstellingen van de sociale verzekering zelf actiever kunnen toetsen of de werkloosheid verwijtbaar is, indien zij hun capaciteit hierop zouden toerusten. Maar dit ontslaat de rechter niet van de plicht om zelf te toetsen of objectief aan de ontbindingsgrond is voldaan.

3. Voorwaardelijk ontbindingsverzoek

Van een voorwaardelijk ontbindingsverzoek is sprake indien er reeds is opgezegd, maar de indiener toch ontbinding verzoekt omdat deze twijfelt of de opzegging rechtsgeldig is geschied. Dit gebeurt met name na ontslag op staande voet. Hierbij is derhalve sprake van een pendant van de figuur van het verzoek aan de RDA om toestemming voor ontslag „voor zover vereist”. Deze figuur is toegelaten. Zij komt enigszins vreemd voor, omdat zij het de werkgever mogelijk maakt om voor twee ankers te gaan liggen, en het risico van een gegeven ontslag op staande voet meer bij de werknemer te leggen. Dit geldt te meer tegen de achtergrond van het feit dat ontbinding ook kan worden gevraagd met als grondslag een dringende reden, als deze niet direct tot ontslag heeft geleid.

4. Ontbinding en opzegverboden

In beginsel kan een ontbinding ertoe dienen om een wettelijk opzegverbod te doorbreken. Dat is ook de bedoeling, wanneer in het con-

(27) R.M. BELTZER, R. KNEGT & A.D.M. VAN RIJS, *Ontslagvergoedingen, Regelingen, opvattingen en praktijk*, Den Haag, Sdu, 1998, 58. Tweederde van de ondervraagde werkgevers geeft aan dat in de door hem gevoerde meest recente ontbindingsprocedure door de werknemer formeel verweer is gevoerd: VAN ZEVENBERGEN & OELEN, *Het dual ontslagstelsel, Beëindiging van arbeidsrelaties in de praktijk*, Den Haag, Elsevier, 2000, 14-15.

crete geval het verbod tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een werkgever het bedrijf om economische redenen sterk moet inkrimpen en daarbij de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer moet beëindigen⁽²⁸⁾. Het is echter uiteraard niet de bedoeling dat de werkgever in geval een ontslagverbod van toepassing is, steeds de arbeidsovereenkomst via ontbinding kan beëindigen. De rechter behoort in zulke gevallen het opzegverbod in beginsel te respecteren en alleen ontbinding uit te spreken, wanneer het opzegverbod in het concrete geval tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. De wetgever heeft dit in 1999 op een wat onbeholpen wijze in de wet tot uitdrukking trachten te brengen, door de rechter te verplichten zich ervan te vergewissen „of het verzoek verband houdt met het bestaan van een opzegverbod”. In de wettekst zoals die voor die tijd voorkwam in artikel 21 Wet op de Ondernemingsraden, mocht de kantonrechter alleen ontbinden wanneer werd aannemelijk gemaakt „dat” het verzoek „geen verband” had met het opzegverbod. Dit ging de wetgever in 1999 wellicht wat te ver, omdat ook als er enig verband aanwijsbaar is, dit niet uitsluit dat doorbreking van het opzegverbod te rechtvaardigen valt, bijvoorbeeld bij ziekte. Maar de huidige formule suggereert dat de rechter eerst zou moeten nagaan of een opzegverbod aan de orde is, maar dat hij vervolgens onvervaard zou kunnen ontbinden zonder aandacht te besteden aan de vraag of het wel gerechtvaardigd is het opzegverbod terzijde te stellen. Het lijkt mij wenselijk dat de rechter in zijn motivering tot uitdrukking brengt waarom het in dit geval gerechtvaardigd is te ontbinden, ondanks het bestaan van een opzegverbod. De Aanbevelingen van de Kring van kantonrechters voorzien in dit geval echter slechts in een mondelinge behandeling (aanbeveling 4).

5. Ontslagvergoeding

Ingevolge artikel 7:685 lid 8 BW kan de rechter indien de ontbinding wordt uitgesproken wegens verandering van omstandigheden aan één van de partijen ten laste van de ander een vergoeding toekennen. Indien hij voornemens is zulks te doen, dient hij partijen vooraf daarvan in kennis te stellen en daarbij een termijn te stellen, waar-

(28) Naar huidige recht dient bij ziekte van de werknemer op het moment van ontvangst van het verzoek tot ontbinding door de griffie, ook een reïntegratieplan aan het verzoek te worden toegevoegd, dat is getoetst door het Lisv. Gezien de vele praktische bezwaren hiertegen en het geringe effect ervan, wordt deze verplichting naar verwachting binnenkort weer geschrapt als gevolg van het wetsvoorstel „Verbetering poortwachter” (*Kamerstukken I* 2000/01, 27 678, nr. 341). Zie ook de beperkingen aangebracht door HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 302; *JAR* 2000/224 (Kuijper/ING) en HR 22 juni 2001, *JAR* 2001/130 (Van der Kooy/Van der Velden).

binnen de verzoeker de bevoegdheid heeft het verzoek in te trekken. In dat geval beslist de rechter alleen nog over de verdeling van de proceskosten. Hetzelfde geldt als hij de ontbinding wil uitspreken zonder een vergoeding toe te kennen, indien de verzoeker daarom had gevraagd (lid 9 en 10).

De vergoedingsmogelijkheid is bij uitstek het middel dat de rechter gebruikt om verwijten ten aanzien van de grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de uitspraak te verdisconteren. Teneinde enige voorspelbaarheid van de vergoedingen te bewerkstelligen werd in de loop der jaren een zogeheten „kantonrechtersformule” ontwikkeld, welke echter niet algemeen werd gehanteerd en ook niet op uniforme wijze. Deze werd in 1996 „gecodificeerd” in de genoemde Aanbevelingen van de Kring van kantonrechters. De formule gaat ervan uit dat de vergoeding bij ontbinding wordt berekend aan de hand van een drietal factoren:

A = Arbeidsverleden

B = Beloning

C = Correctiefactor

De vergoeding wordt eenvoudig berekend door vermenigvuldiging van deze drie factoren.

Voor het *arbeidsverleden* wordt uitgegaan van het aantal dienstjaren dat de werknemer bij de werkgever heeft verworven. Dit wordt echter verhoogd met de leeftijd: dienstjaren voor de 40^e verjaardag tellen voor 1, dienstjaren tussen 40 en 50 voor 1,5 en dienstjaren boven de 50 voor 2. De *beloning* wordt berekend aan de hand van het bruto maandsalaris, verhoogd met vaste inkomensbestanddelen, zoals vakantiebijslag, vaste dertiende maand en structurele vergoedingen voor overwerk. De *correctiefactor* biedt de mogelijkheid om verwijtbaarheid te verdisconteren. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en verwijtbaarheid niet aan de orde is, is de correctiefactor 1. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werknemer valt, zonder dat van enige verwijtbaarheid sprake is, dan is C gelijk aan 0. Is er sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van één van partijen dan wel van verwijtbaarheid over en weer, dan wordt de ernst van de verwijten via de C-factor tot uitdrukking gebracht. Dit kan ook gebeuren met overige bijzondere omstandigheden.

Als voorbeeld geeft de Kring van kantonrechters onder meer aan, dat een werknemer die langdurig arbeidsongeschikt is, bij ontbinding geen recht heeft op een vergoeding als hij arbeidsongeschikt is geraakt

tijdens de deelneming aan een sportevenement waarvoor de werkgever geen toestemming heeft gegeven, maar wel als hij door buitengewoon slechte arbeidsomstandigheden bij de werkgever uiteindelijk arbeidsongeschikt raakt.

De kantonrechtersformule heeft een betrekkelijke rust gebracht ten aanzien van de vergoedingen. Zij biedt enige voorspelbaarheid, waardoor partijen soms ook gemakkelijker zelf een regeling kunnen treffen⁽²⁹⁾. Daarbij moet echter worden bedacht dat zij heeft gefunctioneerd in gunstige economische tijden. Afgewacht zal moeten worden of deze norm ook valt te handhaven als het economisch moeilijker gaat. Wellicht dat dan de C-factor vaker zal moeten worden benut om rekening te houden met de economische mogelijkheden van een onderneming. Ten opzichte van ontslagvergoedingen die in enkele buitenlandse wettelijke stelsels voorkomen, levert zij betrekkelijk hoge vergoedingen op. Een enkele criticus van de formule spreekt in dit verband wel van een staatsgreep van de kantonrechters en van een dertiende (in sommige gevallen veertiende) maand, die werknemers cadeau krijgen bij ontbinding en die sommige werknemers er zelfs toe zou kunnen verleiden op een ontbindingsverzoek van de werkgever aan te sturen.

Niet onbelangrijk is in dit verband de mogelijke uitstraling naar de regeling van kennelijk onredelijk ontslag. Aangezien ook in deze zaken veelvuldig vergoedingen worden toegekend die zijn berekend op basis van de kantonrechtersformule, zou licht de indruk kunnen ontstaan dat bij elk door de werkgever nagestreefd ontslag in beginsel een vergoeding volgens deze formule dient te worden betaald. Dit zou echter de wettelijke basis ontberen die een dergelijk ingrijpend recht behoeft. Bij ontbinding is het vergoedingenstelsel in beginsel ook wat ruimer, omdat het hier gaat om een ontslag dat bijvoorbeeld een opzegverbod kan doorbreken. In het ADO-rapport is gesuggereerd wel een wettelijk recht op een ontslagvergoeding bij opzegging in het leven te roepen, doch hierbij wordt uitdrukkelijk gestipuleerd, dat de reden voor ontslag in de risicosfeer van de werkgever dient te liggen of het ontslag voor de werknemer onredelijk bezwarend dient te zijn in verhouding tot het belang van de werkgever.

Tenslotte is van belang dat ook indien de werknemer ontbinding verzoekt, de kantonrechtersformule in beginsel van toepassing is. De aanbevelingen keren zich echter uitdrukkelijk tegen de zogenaamde

(29) Overzichten van toegekende vergoedingen worden jaarlijks gepubliceerd door C.G. SCHOLTENS in het tijdschrift *ArbeidsRecht*. Zie daarnaast GRAPPERHAUS & LOONSTRA 1999.

„gelukszoekers”, die als werknemer ontbinding vragen om een vergoeding in de wacht te slepen. Indien de werknemer ontbinding vraagt om privé-redenen of omdat hij elders wil gaan werken, ligt de ontbindingsgrond in zijn risicosfeer en is er geen ruimte voor vergoeding. Dit ligt uiteraard weer anders als de werkgever verwijten te maken zijn of omstandigheden bij de werkgever het ontbindingsverzoek van de werknemer veroorzaken (bijvoorbeeld slechte arbeidsomstandigheden of gewijzigde verhoudingen).

6. Hoger beroep

Tegen een beschikking krachtens artikel 7:685 BW kan hoger beroep noch cassatie worden ingesteld, aldus lid 11. Hoger beroep wordt door de rechtspraak dan ook slechts toegelaten ten aanzien van de ontvankelijkheid, indien de rechter buiten zijn bevoegdheid is getreden of bij het niet in acht nemen van essentiële vormen(30). Bij het laatste gaat het om schending van zo fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, een impliciete verwijzing naar artikel 6 E.V.R.M. Met name schending van het beginsel hoor en wederhoor kan aldus nog tot vernietiging van de beschikking leiden. Een schending van het motiveringsbeginsel valt hier echter niet onder(31), zodat in de meeste zaken geen hoger beroep mogelijk is. Wel is request-civiel mogelijk, indien er sprake is van bedrog door een partij. Dit is nog wel eens aan de orde indien de werknemer onjuiste informatie verstrekt over zijn vooruitzichten op ander werk, terwijl de rechter een vergoeding toekent mede wegens het verwachte inkomensverlies(32).

Het ontbreken van hoger beroep is onbevredigend, gezien de grote vrijheid die de rechter bij ontbinding heeft, de ingrijpendheid van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de hoogte die een vergoeding kan krijgen. In de literatuur is veelvuldig kritiek geleverd op het ontbreken van hoger beroep(33) en ook Advocaten-Generaal bij de Hoge Raad hebben zich niet onbetuigd gelaten. Zo bleek het onmogelijk een beschikking te corrigeren die flagrant discriminatoir van inhoud was tegenover vrouwen, waarbij deze ook nog in strijd moest worden geacht met Europees recht(34). Een andere zaak haalde het

(30) HR 12 maart 1982, *NJ* 1983, 181 (Sneep/Paedo Therapeutisch Instituut).

(31) HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 4 (HBM/Wielenga).

(32) HR 4 oktober 1996, *NJ* 1998, 44, *JAR* 1996/218 (Ten Have/Bosman).

(33) Zie bijvoorbeeld VAN DER HEIJDEN 1993b.

(34) HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 672 (Woesthoff/Intershow).

Comité van de VN tegen rassendiscriminatie omdat in eigen land de beslissing niet meer aanvechtbaar was⁽³⁵⁾. De praktijk hecht vaak wel aan het ontbreken van hoger beroep, omdat dit betekent dat de zaak snel definitief wordt beslist. Enkele wetsvoorstellen die hoger beroep beoogden in te voeren, zijn later onder maatschappelijke druk weer ingetrokken. In de Stichting van de Arbeid werd in 1996 een compromis bereikt dat inhield dat hoger beroep zou worden ingevoerd, doch uitsluitend ten aanzien van de hoogte van de vergoeding. Ook dit voorstel kreeg kritiek vanuit de rechtspraak, mede gezien het halfslachtige karakter van deze oplossing. Uiteindelijk was dit praktisch het enige voorstel van de Stichting van de Arbeid dat de regering niet overnam in het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid. In het ADO-rapport is opnieuw voorgesteld om hoger beroep en cassatieberoep tegen de ontbindingsbeschikking mogelijk te maken.

III. Eenzijdige beëindiging door één partij

A. ONTSLAG VERSUS OPZEGGING

In tegenstelling tot in België wordt in Nederland sinds 1999 geen onderscheid meer gemaakt tussen opzegging en andere vormen van eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Met de term opzegging doelt de wet op elke rechtshandeling waarbij één van de partijen de wil uit de overeenkomst te beëindigen. Tot 1999 maakte de wet een onderscheid tussen opzegging als beëindiging met inachtneming van de voor opzegging geldende bepalingen en de feitelijke beëindiging, waarbij de voorschriften voor opzegging niet werden gevolgd. Omdat dit dogmatisch-juridisch geen verdedigbaar onderscheid was, spreekt de wetgever in 1999 in beide gevallen over opzegging. Dit heeft geleid tot een vereenvoudiging van de desbetreffende bepalingen.

Opzegging is volgens de wet noodzakelijk voor de eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de volgende gevallen:

- Bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd (art. 7:677 lid 6 BW).

(35) CERD 10 augustus 1988, *Migrantenrecht* 1988, nr. 8 (Yilmaz-Dogan/The Netherlands). Zie ook Hof Arnhem 30 november 1983, *Rechtspraak Rassendiscriminatie* nr. 5.

- Bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd indien dit is overeengekomen of wet of gebruik het voorschrijven (art. 7:667 lid 2 BW).
- Bij tussentijdse beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (art. 7:667 lid 3 BW).

Tot 1999 bevatte de wet bepalingen die er op duiden dat opzegging te allen tijde mogelijk was (art. 7:669 en 677 lid 1 BW). Bij de redactionele wijziging van het begrip opzegging in 1999 zijn die bepalingen terecht verwijderd. In bepaalde gevallen is een opzegging immers nietig of vernietigbaar. Het is dan innerlijk tegenstrijdig als de wet verklaart dat opzegging te allen tijde mogelijk is⁽³⁶⁾. Wel geldt dat in alle gevallen waarin de opzegging niet nietig of vernietigbaar is, de opzegging ook geldig is als daarbij niet alle opzegebepalingen in acht zijn genomen. De sanctie op deze overtreding bestaat dan in schadevergoeding en eventueel herstel van de arbeidsovereenkomst.

B. VORMVEREISTEN

1. *Vorm opzegging*

In beginsel is opzegging niet aan een bepaalde vorm gebonden. Zij kan ook mondeling geschieden of blijken uit een gedraging. Het woord „opzegging” behoeft niet te worden gebruikt. Wel is vereist dat de wil tot opzegging duidelijk blijkt⁽³⁷⁾.

Opzegging door de werknemer heeft zulke ingrijpende gevolgen, dat de bedoeling daartoe niet te spoedig mag worden aangenomen. De rechtpraak eist een duidelijke, ondubbelzinnig wilsuiting van de werknemer, in verband met de ingrijpende gevolgen die een vrijwillige ontslagneming voor hem kan hebben (met name de mogelijkheid van weigering van een WW-uitkering)⁽³⁸⁾. In dit opzicht sluit de rechtspraak nauw aan bij de zware eisen die worden gesteld aan de instemming van een werknemer met een beëindigingsovereenkomst of de toestemming in een opzegging door de werkgever⁽³⁹⁾. De werk-

(36) VAN DER GRINTEN 1999, 196, stelt ten onrechte dat geen wijziging van het materiële recht is beoogd. Er is geen sprake van een wijziging in de praktijk, maar de oude wettekst werd terecht geschrapt, omdat deze innerlijk incoherent was met andere delen van het ontslagrecht.

(37) HR 19 mei 1989, *NJ* 1989, 651 (O'Rourke/Nacap).

(38) HR 28 mei 1982, *NJ* 1983, 2 (Coolwijk/Kroes); HR 15 april 1988, *NJ* 1988, 951 (Ben Amran/Silversteyn).

(39) HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 457 (Hajziani/Van Woerden); HR 17 januari 1986, *NJ* 1986, 732 (Waal/Vanderheul); HR 25 maart 1988, *NJ* 1988, 582 (Veerman/Hof van Holland); HR 25 maart 1994, *NJ* 1994, 390, *JAR* 1994/92 (Ritico/SMD); HR 19 april 1996, *JAR* 1996/116 (U-A-Sai/Harteveld).

gever heeft terzake een onderzoeksplicht. Daarbij is van belang of de werknemer wordt geacht over voldoende vaardigheden te beschikken om de draagwijdte van zijn eenzijdige ontslagneming te overzien, en of door de werkgever aan de werknemer enige tijd is gelaten om op zijn verklaring terug te komen(40).

2. Opgave van reden

Degene die opzegt, is verplicht om desgevraagd schriftelijk opgave te doen van de reden van opzegging aan de wederpartij (art. 7:669 BW). Deze verplichting geldt dus zowel voor werkgever als werknemer. Zij geldt ook bij ontslag in de proeftijd.

3. Toestemming RDA

In de meeste gevallen is voor opzegging door de werkgever toestemming vereist van de Regionaal directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA)(41). De materie is geregeld in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna: BBA). Dit is een noodwet van vlak na de Tweede Wereldoorlog in de vorm van een Koninklijk Besluit, dat juridisch de status heeft van een formele wet.

De werkingssfeer van het BBA is in sommige opzichten ruimer en in andere opzichten beperkter dan die van titel 7.10 BW. Ruimer is deze, doordat ook arbeidsverhoudingen die geen arbeidsovereenkomst zijn onder de regeling kunnen vallen. Dit betreft de arbeidsverhoudingen van degenen die persoonlijke arbeid verrichten voor een ander, tenzij zij dergelijke arbeid in de regel voor meer dan twee anderen verrichten of zij zich door meer dan twee andere personen (niet zijnde de echtgenoot, geregistreerde partner of bij hem inwonende bloed- en aanverwanten en pleegkinderen) laten bijstaan of deze arbeid voor hen slechts een bijkomstige werkzaamheid is (art. 1 onder b BBA). Zo kon een tennisvereniging de overeenkomst van opdracht met een tennislerares niet beëindigen zonder toestemming van de RDA. Maar de „werkgever” kon zich niet op matiging van de loonvordering beroepen, omdat die mogelijkheid alleen voorkomt in de titel in het BW over de arbeidsovereenkomst.

(40) HR 12 september 1986, *NJ* 1987, 267 (Westhoff/Spronsen).

(41) Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze procedure VAN DEN BOOM 1992.

De werkingssfeer van het BBA is enger dan die van titel 7.10 BW omdat een aantal groepen van de werking ervan is uitgesloten (art. 2 BBA). Dit betreffen:

- Werknemers bij een publiekrechtelijk lichaam. De overheid werd geacht zelf toe te zien op zorgvuldige ontslagen⁽⁴²⁾. Men kan zich afvragen of — gezien de normalisering van de arbeidsverhoudingen bij de overheid en de ontwikkeling van het stelsel van rechtsbescherming tegen overheidsbesluiten — deze uitzondering nog wel is gerechtvaardigd.
- Onderwijzend en docerend personeel, werkzaam bij onderwijsinrichtingen, staande onder beheer van een natuurlijk of rechtspersoon⁽⁴³⁾. Deze uitzondering beoogt de vrijheid van onderwijs (art. 23 lid 2 Grondwet) te respecteren. Zij blijkt zich in de praktijk echter ook uit te strekken tot zulke profane instellingen als rijsscholen⁽⁴⁴⁾. De gesubsidieerde onderwijssector kent — op grond van subsidievoorwaarden — eigen commissies van beroep, die het onderwijspersoneel rechtsbescherming bieden tegen ontslag. Bij Ministerieel besluit is de uitzondering uitgebreid tot het ondersteunend personeel van de bedoelde onderwijsinrichtingen. Men kan zich afvragen of deze uitzondering nog van deze tijd is.
- Personen, die een geestelijk ambt bekleden. Deze uitzondering beoogt de vrijheid van godsdienst (art. 6 Grondwet) te respecteren⁽⁴⁵⁾.
- Werknemers die doorgaans op minder dan drie dagen per week uitsluitend of hoofdzakelijk huishoudelijke of persoonlijke diensten in de huishouding van een natuurlijk persoon verrichten. Deze uitzondering beoogt particulieren de administratieve rompslomp te besparen bij ontslag van een huishoudelijke hulp. Voorts vormt het een bescherming van hun privé-leven (art. 10 Grondwet)⁽⁴⁶⁾.

(42) Een lichaam is dan ook in elk geval publiekrechtelijk, indien het ontslagbeleid in handen van de overheid ligt: HR 15 januari 1971, *NJ* 1971, 305 (Drie Gasthuizen/Elbertsen); HR 24 mei 1985, *NJ* 1985, 701 (Hermans/CBR). Ook de Nederlandse Orde van Advocaten is echter een publiekrechtelijk lichaam: HR 11 december 1998, *NJ* 1999, 494, *JAR* 1999/32 (Siegel/NOVA).

(43) Ook personen met slechts een gedeeltelijke onderwijstaak vallen hier onder: HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 725 (Driessen/KUN).

(44) HR 19 oktober 1979, *NJ* 1980, 57 (Beijer/Smit).

(45) Ook een imam valt onder deze uitzondering: HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 702 (Asrik/Islamitische Vereniging).

(46) De werknemer hoeft niet bij de natuurlijke persoon in dienst te zijn, bepalend is dat hij in diens huishouding werkt: HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 199 (Van de Brand/Zoete Naam Jezus).